

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS AFONSO BOMPEIXE CARSTENS

A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E COMUNITÁRIA

CURITIBA

2014

LUCAS AFONSO BOMPEIXE CARSTENS

A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA
FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Monografia apresentada como
requisito parcial para a obtenção do
diploma de bacharel em Direito –
Habilitação em Direito das Relações
Sociais, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Elimar Szaniawski.

CURITIBA

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

A ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

LUCAS AFONSO BOMPEIXE CARSTENS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de graduação no curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Elimar Szaniawski

Orientador

Tayana Scheila Friedrich

Ana Carla Harmatiuk Matos

Curitiba, 25 de novembro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Sempre é tempo de agradecer. Agradecer significa reconhecer que não podemos fazer nada sozinhos. Muitas vezes precisamos do apoio e da ajuda daqueles que estão ao nosso lado, daqueles que nos fortalecem diariamente, sem os quais não poderíamos ir longe.

Aos meus pais, Carmen Lucia Vieira Carstens e Luiz Rodrigo Larson Carstens, pela dedicação de uma vida. Aprendi os valores mais importantes da vida com vocês. Vocês nunca deixaram faltar nada para seus filhos, e por isso somos privilegiados. Meu amor e meu agradecimento a vocês certamente não cabem aqui.

Aos meus irmãos, Larissa Carstens e Luiz Carstens, pelo companheirismo e pela convivência prazerosa. Apesar das diferenças, somos muitos parecidos. Caçula que sou, sinto-me protegido por vocês.

Ao professor Elimar Szaniawski, pelos ensinamentos transmitidos ao longo dos cinco anos. Um verdadeiro educador é aquele que se preocupa em transmitir o que sabe apenas pela vontade de ensinar, por paixão pelo que faz, e o senhor assim realizou esse ofício durante esses anos, com uma paciência e uma humildade que eu muito admiro. Obrigado pelos cinco anos de aprendizado e convivência. Não tenho palavras para expressar o tanto que aprendi e cresci a partir dos seus ensinamentos. Levo comigo um grande professor, mas também um amigo. Com grande alegria, poderei dizer que fui seu aluno e, nesta última fase da faculdade, orientando. Sentirei falta das suas aulas e espero revê-lo sempre que possível.

Aos meus amigos da faculdade, aqueles que estiveram presentes nesses cinco anos difíceis, mas também alegres. À Patrícia Franco, pela singularidade e excentricidade que lhe é peculiar. Você me conquistou logo nos primeiros dias de aula. Nossa amizade ultrapassou as colunas da faculdade e se tornou num vínculo forte. Obrigado pelos conselhos necessários e pelas incontáveis vezes que você me fez rir. À Nadine Narloch, pois lembro que foi a primeira pessoa da turma que conversei, logo na primeira semana de aula, e nossa amizade nasceu desse momento. Vou lembrar sempre das nossas histórias engraçadas e dos nossos

momentos de desespero. Tenho certeza que você será uma profissional exemplar, pois desde o primeiro ano de faculdade você demonstra dedicação nos estudos. À Karina Bero, outra amizade que carrego desde o primeiro ano. Obrigado por me acompanhar em alguns momentos “finais”, por me fazer rir com suas tiradas peculiares e pelo ombro amigo naqueles dias difíceis. À Lina Tieco, por muitas vezes compartilhar das mesmas angústias comigo, por se preocupar em ajudar o outro, característica que lhe é muito peculiar. Ao Giovani Nascimento, pois não sei se chegaria muito longe sem seus valiosos cadernos e demais ajudas. Admiro sua dedicação e empenho, tenho certeza que você será um excelente profissional. À Hannah Saraiva, pois sei que foi um verdadeiro encontro. Sou muito grato por tudo que você fez por mim.

Vocês todos, à sua maneira, tornaram essa caminhada superável. Carrego todos no coração e espero mantermos contato sempre que possível.

À Ana Pérola, pois você me acompanha desde muito cedo. São quinze anos de amizade, e eu tenho muito orgulho disso. Sempre que possível, apesar dos cursos inevitáveis da vida, você se faz presente. Você é muito especial para mim.

À Ariadne Alfaro, pois seu apoio e seus conselhos ao longo da nossa amizade foram fundamentais para a pessoa que eu sou hoje. Obrigado por me enxergar e me respeitar.

À Jéssica Abreu, pois nossas conversas não são normais. Você me anima e me dá forças mesmo quando estou me sentindo desanimado. Somos muito parecidos em diversas questões, e isso definitivamente me tranquiliza.

À Jessica Lima, pelas mensagens de incentivo e apoio. Sei que você acredita tanto nesse tema quanto eu, o que me deixa muito feliz. Obrigado pela paciência nesses últimos tempos.

Aos meus amigos não humanos, Lady, Lola, Lana, Alf e Woody, por serem a expressão do amor genuíno. Não falam, mas dizem muito seus olhares ternos. Da nossa maneira, nos comunicamos e sei que nos entendemos. Muitas vezes basta estar na companhia de vocês para eu me dar conta que tudo está bem. Espero, sinceramente, ser a pessoa que vocês acham que eu sou.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar o tema da adoção por pares homoafetivos no cenário brasileiro. A partir de jurisprudências, abriram-se precedentes para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, abraçando-se o princípio da pluralidade familiar e o princípio da afetividade nas relações familiares, preconizados pela Constituição Federal de 1988. Do reconhecimento destas uniões homoafetivas como entidade familiar, os pares homoafetivos também esperam poder concretizar, via adoção, o direito de constituir uma família, assumindo, para tanto, a função parental. O ordenamento jurídico prioriza os interesses do adotando, de modo que o pedido de adoção deve atender sempre aos anseios do menor. Em razão da lei não discriminar a orientação sexual dos adotantes como requisito para a adoção, entende-se que não há razões para o indeferimento do pedido por casais homoafetivos, se verificado, no caso concreto, a satisfação das reais necessidades do adotando, o qual tem como garantia constitucional o direito à convivência familiar e comunitária. A família é um conceito em constante evolução, de modo que não se pode mais aceitar um modelo exclusivo considerado ideal, marginalizando-se, por conseguinte, outros arranjos familiares que fogem do padrão.

Palavras-chave: adoção; pares homoafetivos; direito à convivência familiar e comunitária; afetividade; entidade familiar.

ABSTRACT

The present study aims to address the issue of adoption by homosexual couples in the Brazilian scenario. From jurisprudence, opened up precedents for the recognition of homosexual unions as a family, embracing the principle of family diversity and the principle of affection in family relationships, recommended by the Federal Constitution of 1988. The recognition of these homosexual unions as an entity family, homosexual couples also hope to achieve, by adoption, the right to form a family, assuming, the parental role. The law prioritizes the interests of the child, so the adoption application must always meet the needs of them. Because the law does not discriminate against sexual orientation of the adopters as a requirement for adoption, it is understood that there is no reason for rejecting the request by homosexual couples, if established, in the real case, the satisfaction of the real needs of the child, which has the constitutional guarantee of the right to family and community life. The family is a constantly evolving concept, so that we can no longer accept an exclusive model considered ideal, marginalizing, therefore, other family arrangements that are beyond the standard.

Keywords: adoption; homosexual couples; right to family and community life; affectivity; family entity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PREMISSAS FUNDAMENTAIS	12
2.1. BREVES NOÇÕES SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE	12
2.1.1. Homossexualidade como pecado	13
2.1.2. Homossexualidade como doença	14
2.1.3. Homossexualidade como orientação sexual	15
2.2. DA LAICIDADE DO ESTADO	17
2.3. A UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	19
3. ADOÇÃO	23
3.1. BREVE OLHAR SOBRE AS ORIGENS DA ADOÇÃO	23
3.2. BREVE EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	26
3.3. CONCEITO DE ADOÇÃO	30
4. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	32
4.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
4.2. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO	39
4.3. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA	44
4.3.1. A evolução sociocultural da família	45
4.3.2. Do princípio da afetividade	49
4.3.3. Do princípio da pluralidade de entidade familiar	51
5. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE	55
5.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITO	55
5.2. DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA	57
5.3. PRESSUPOSTOS DA ADOÇÃO	60

5.4. DESVENDANDO MITOS SOBRE A HOMOPARENTALIDADE -----	63
6. CONCLUSÃO -----	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	71

1. INTRODUÇÃO

A adoção conjunta por pares homoafetivos é um tema que polemiza e geralmente não é bem vista pela sociedade, uma vez que foge do modelo tradicional de família. Apesar de grandes avanços, ainda predominam preconceitos sobre a homossexualidade, sobretudo, por parte de segmentos mais conservadores, tal qual a religião.

Considerando que o tema é polêmico, optou-se no primeiro capítulo em estabelecer premissas elementares para o desenvolvimento do tema. Primeiramente, a homossexualidade será apresentada como uma das manifestações da sexualidade humana, afastando-se a imagem deturpada, do pecado à patologia, a respeito desta orientação sexual. Após, será destacada a laicidade do Estado, entendendo-se que não cabe às religiões a imposição de suas crenças sobre os assuntos que concerne ao Estado, pois Estado e religião não se confundem. Ao fim do primeiro capítulo, será evidenciado o reconhecimento da união estável e do casamento civil de pessoas do mesmo sexo, pelos tribunais superiores, uma vez que a lei exige a união estável ou o casamento civil dos interessados na adoção conjunta.

O segundo capítulo introduz um breve olhar sobre as origens da adoção, buscando-se o sentido deste instituto em cada momento da história da civilização, da antiguidade até a sociedade moderna. Após, seguirá a exposição da adoção no cenário brasileiro, acompanhando as principais mudanças legislativas deste instituto, do contexto do século XX até, finalmente, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao fim deste capítulo, para complementar o estudo, uma breve noção do conceito jurídico da adoção e sua natureza jurídica.

O terceiro capítulo buscará na Constituição o suporte jurídico para a viabilidade da adoção por pares homoafetivos. Por força dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao tratamento discriminatório, não se pode deslegitimar a adoção por pares homoafetivos apenas em função da orientação sexual. Serão evidenciados, ainda, os princípios da afetividade e da pluralidade de entidade familiar, reconhecidos em nossa Constituição Federal, os

quais somente são compreendidos a partir da evolução sociocultural do conceito de família. Desse modo, mostrar-se-á que a família não é um conceito fechado, e sim, aberto, acompanhando a evolução da sociedade, de modo que o Direito fica incumbido de reconhecer e ingressar as transformações no campo social ao mundo jurídico. Para evidenciar tais mudanças, tomou-se como ponto de partida o conceito fechado de família adotado pelo Código Civil de 1916, de estrutura patriarcal, patrimonial, fundada exclusivamente no matrimônio. Com as transformações ocorridas na sociedade, esse modelo rígido começou a ruir. O fenômeno da repersonalização do direito trouxe um novo paradigma ao direito, sobretudo, no campo familiar. Inverteu-se a lógica de outrora, privilegiando-se as relações pessoais sobre as questões patrimoniais. O afeto tornou-se o verdadeiro sustentáculo da família.

A partir da prevalência do elemento afetivo, o quarto capítulo versará sobre a criança e o adolescente, reconhecendo-os primeiramente como sujeitos de direito pelo ordenamento jurídico. Será mostrado que o direito à convivência familiar e comunitária está garantido a nível constitucional e infraconstitucional. Sendo a família o ambiente propício para o pleno desenvolvimento da criança, e presente a impossibilidade do convívio com a família biológica, a colocação da criança ou adolescente em família substituta torna-se importante meio de assegurar o direito à convivência familiar e comunitária. Tem-se na adoção o meio legítimo para a efetivação deste direito, a qual somente será deferida se fundada em motivos legítimos e apresentando reais vantagens para o adotando, uma vez que o Direito privilegia os interesses do adotando sobre os interesses dos adotantes. Sobre os pressupostos da adoção, a lei não determina a orientação sexual dos adotantes como requisito da adoção. Por último, será realizado o desvendamento dos mitos a respeito da homoparentalidade, os quais só comprovam uma postura preconceituosa.

2. PREMISSAS FUNDAMENTAIS

O tema da adoção por pares homoafetivos¹ depende da consideração de premissas fundamentais, as quais são objetos deste primeiro capítulo. Primeiramente, serão apontadas algumas noções sobre a homossexualidade, com o objetivo de desvendar visões históricas distorcidas sobre a orientação sexual homossexual. Considerando que em temas polêmicos a religião busca impor suas próprias crenças, optou-se por afastar a religião da presente análise, em consonância com o Estado Laico. Por último, buscou-se o reconhecimento jurídico da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, através do poder judiciário, uma vez que tais vínculos são imprescindíveis para a adoção conjunta.

2.1. Breves noções sobre a homossexualidade

A homossexualidade acompanha a própria história da humanidade, diferenciando apenas a variação de tratamento pelas diferentes culturas². De maneira geral, as orientações sexuais diversas da heterossexual foram estigmatizadas pelas sociedades, razão pela qual os preconceitos começaram a tomar espaço e ganhar força. Dentre as orientações sexuais consideradas “desviantes” do padrão heterossexual, inclui-se a homossexualidade.

A sexualidade, que poderia representar a diversidade, acabou por se converter em um destino aprisionante, particularmente para aqueles que, tal

¹ A homoafetividade é um neologismo criado por Maria Berenice Dias quando da publicação, no ano de 2000, da primeira edição de seu livro intitulado “União Homoafetiva: preconceito e justiça”. Com este termo, a autora pretendeu evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade.

² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 04.

como os homossexuais, apresentam uma sexualidade considerada desviante.³

O termo “homossexualidade” foi criado e introduzido na literatura técnica nos anos de 1869 pelo médico húngaro Karoly Benkert, a partir da palavra grega homo, que quer dizer “semelhante”, e pela palavra latina *sexus*, originando, desta forma, a ideia de “sexualidade semelhante”. Portanto, remete a ideia da sexualidade exercida com pessoa do mesmo sexo⁴.

Como expressão do diferente, a homossexualidade foi principalmente condenada pela moral religiosa, sobretudo, de origem católica. Este é o assunto do próximo tópico.

2.1.1. Homossexualidade como pecado

A homossexualidade e as religiões, especialmente as ocidentais, mantêm uma relação de conflito de longa data. De maneira geral, as religiões defendem a tese de que a homossexualidade seria um pecado, um comportamento “desviante”, “antinatural” e “contrário à vontade de Deus”, devendo, portanto, ser condenada pela sociedade⁵. A Igreja Católica, em especial, condenou veemente a homossexualidade, atingindo o ápice da intolerância na Idade Média. Neste período, com a sacralização do casamento, a moral religiosa cristã é no sentido de condenar qualquer prática sexual que não tenha outro objetivo se não procriação, pois o sexo ligado estritamente ao prazer era sinônimo de pecado⁶.

Em outras palavras, com a Idade Média o preconceito contra qualquer ato sexual que não fosse aquele praticado dentro do casamento, na posição mais ortodoxa e com a finalidade exclusiva da procriação, aumentou em

³ NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003, p. 36.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**, 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 46.

⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 43.

⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 39.

grandes proporções, pois a sociedade humana já estava começando a ficar 'doutrinada' pelos dogmas arbitrários e preconceituosos da Igreja Católica Apostólica Romana contra tudo aquilo que não julgava correto.⁷

A influência da religião católica, a qual foi a religião oficial do Brasil até o advento da República, ainda se faz notar nos dias atuais. Decorrido todos esses séculos, encontramos ainda hoje resquícios da moral religiosa cristã, comprovando-se ao mesmo tempo a força desta religião e a intolerância que se comete em nome desta.

O reflexo da concepção e da intolerância religiosa sobre a homossexualidade repercutiu na Medicina. Coube à Medicina a busca de respostas para algo que se desviava do considerado "normal". Contudo, a prática homossexual, antes enxergada como pecado, agora começa a ser vista como uma patologia.

2.1.2. Homossexualidade como doença

Outro discurso que prevaleceu por muito tempo foi o discurso médico, o qual enquadrou a homossexualidade como uma doença ou patologia, sobretudo, a partir do século XIX. Não mais se observa a homossexualidade sob a ótica religiosa, mas a partir de um discurso científico que procurou reprimir as orientações sexuais consideradas "anormais".

Com a evolução do pensamento humano, passou-se a valorizar a racionalidade em detrimento da religiosidade no que tange à explicação dos fenômenos humanos e naturais. Deixou-se, gradativamente, de acreditar nos dogmas religiosos para buscar uma explicação científica, racional para as questões da vida humana. Isso levou a que, a partir do século XIX, ganhasse força a posição de que a homossexualidade não deveria ser vista como um pecado contra Deus, mas como uma doença a ser tratada.⁸

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Obra citada, p. 25.

⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 27.

Cunhou-se, dessa forma, o termo “homossexualismo”, uma vez que o sufixo “-ismo”, na medicina, denota doença. Durante anos tentou-se reverter a condição homossexual, porém nunca houve êxito⁹. A visão patológica predominou por muito tempo, a ponto de, em 1977, a Classificação Internacional de Doenças (CID), publicada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), identificar a prática do “homossexualismo” como desvio ou transtorno mental¹⁰. A transformação do entendimento sobre a homossexualidade, contudo, somente fez-se notar no final do século XX, quando a ciência médica mundial deixou de considerar a homossexualidade como uma patologia, havendo a exclusão, em 1993, da homossexualidade no rol da CID¹¹.

Paulatinamente, começou-se a entender que não há cura para algo que claramente não é doença. Assim, a partir da superação da visão patológica, empregou-se o sufixo “-dade”, o qual significa “modo de ser”, surgindo o termo “homossexualidade”. Por tal razão, o termo homossexualismo ainda carrega uma conotação negativa a respeito da orientação sexual homossexual, preferindo-se falar em homossexualidade¹².

2.1.3. Homossexualidade como orientação sexual

Ainda que segmentos religiosos ou sociais insistam em rotular a homossexualidade como pecado ou doença, a verdade é que a sexualidade humana não é um conceito fechado, rígido, restrito à heterossexualidade. A realidade

⁹ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**, p. 52.

¹⁰ Idem.

¹¹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. p. 44.

¹² Ibidem, p. 65.

demonstra a coexistência de outras orientações sexuais ao lado da heterossexualidade.

A história da homossexualidade é acompanhada das investigações sobre o que determina uma orientação diversa do “padrão heteronormativo”, sendo as principais linhas de análise focadas nos aspectos orgânicos, sociais ou comportamentais. Porém, ainda que não se tenha dados conclusos sobre a origem da homossexualidade, se decorrente de fatos biológicos, sociais ou comportamentais, reforça-se a ideia de que não se trata de uma escolha livre¹³.

Assim sendo, a expressão “opção sexual” denota uma ideia equivocada, como se as pessoas pudessem conscientemente direcionar seu desejo, quando este desejo é resultado da condição ou orientação sexual inerente às pessoas. Trata-se, portanto, de uma orientação sexual. Em linhas gerais, a orientação sexual de alguém é atribuída em função da direção de seu desejo e/ou condutas sexuais, seja para outra pessoa do mesmo sexo (homossexualidade), do sexo oposto (heterossexualidade) ou de ambos os sexos (bissexualidade).¹⁴

Nesse sentido, a homossexualidade é a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo¹⁵, devendo, portanto, ser respeitada e não estigmatizada. Importante lembrar que, no âmbito interno, a Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia (a qual estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da orientação sexual) aponta que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão.¹⁶

A partir destas considerações, pretendeu-se mostrar que a homossexualidade deve ser vista como uma orientação sexual diversa da heterossexual. Nem pior, nem melhor, tratando-se apenas de uma manifestação da sexualidade humana. Estas noções iniciais são fundamentais para o prosseguimento da presente análise, pois desmistificando a homossexualidade podemos, por

¹³ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**, p. 59

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/673/r149-23.pdf?sequence=4>> Acesso em: 14/09/2014.

¹⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 45.

¹⁶ Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 001/99. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf> Acesso em: 15/09/2014.

consequente, desvendar os mitos da parentalidade homoafetiva. Contudo, este assunto será melhor abordado no último capítulo.

2.2. Da laicidade do Estado

O tema da adoção por pares homoafetivos ainda é polêmico, em razão de pré-conceitos enraizados em nossa sociedade em torno da má compreensão da sexualidade humana. Sabendo que o maior preconceito sobre homossexualidade provém das religiões, não cabem, portanto, convicções de origem religiosa sobre a presente discussão.

Esta ressalva se torna pertinente quando consideradas as restrições impostas pelas crenças religiosas, conforme visualizado no tópico anterior, as quais pretendem reafirmar os seus dogmas ao impor à sociedade uma moral que lhes é conveniente. Porém, destaca-se que o Estado não se confunde com religião. A laicidade do Estado nos informa que “as fundamentações religiosas não podem influir nos rumos políticos e jurídicos da nação”¹⁷.

A Constituição Federal de 1988, no art. 19, I, categoricamente veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Dessa forma, considerando que o Brasil é um Estado Laico, nenhum motivo de ordem puramente religiosa pode vir a justificar qualquer forma de discriminação jurídica entre as pessoas, pois do contrário o Estado manteria

¹⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 112.

relação de aliança com a religião usada como tal, o que é vedado pelo art. 19, I, da CF/1988.¹⁸

Contudo, os segmentos religiosos ainda buscam impor seus dogmas nos assuntos concernentes ao Estado. Guardando relevância com o presente tema, cita-se, como exemplo, o Projeto de Lei 7.018/2010, em trâmite no Congresso Nacional, de autoria do Deputado Zequinha Marinho (PSC-PA), visa proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. Para tanto, o projeto de lei pretende alterar o § 2º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual passaria a contar com seguinte redação: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, sendo vedada a adotantes do mesmo sexo”.¹⁹

A justificação do projeto funda-se na suposição de que “a adoção por casais homossexuais exporá a criança a sérios constrangimentos”²⁰, prejudicando “o bom desenvolvimento intelectual, psicológico, moral e espiritual”²¹ dos menores, sem, contudo, apresentar qualquer embasamento que justifique tal posicionamento. O projeto de lei, cujo autor é filiado ao Partido Social Cristão, o qual é sustentado na Doutrina Social Cristã, portanto, inspirado nos valores e propósitos do Cristianismo, revela a tendência da religião em impor as próprias crenças ou dogmas sobre o espaço de controle do Estado.

Reforça-se mais uma vez que, as convicções de origem religiosa, porque baseadas em crenças subjetivas, não podem ser aceitas no mundo jurídico. Como bem afirmou Ana Maria Gonçalves Louzada, “é imprescindível que a Igreja deixe seus dogmas para seus fiéis, não devendo manifestar-se com relação a leis civis que visem à proteção de direitos de uma minoria que é por ela, reiteradamente, repudiada.”²²

¹⁸ Ibidem, p. 112-113.

¹⁹ Projeto de Lei 7018/10. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/747302.pdf>>. Acesso em: 15/10/2014.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 273.

2.3. A união estável e o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família (art. 42, § 2º). Desta maneira, para que se possa desenvolver o tema da adoção conjunta pelos casais homoafetivos, necessário demonstrar o reconhecimento da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Parte da doutrina defende a impossibilidade da adoção por pares homoafetivos em razão do não reconhecimento expresso das uniões homoafetivos pelo ordenamento jurídico. Dessa maneira, fundamentam tal alegação no art. 223, § 3º, da Constituição Federal, o qual estabelece que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Também, pautam-se no art. 1.723 do atual Código Civil, pelo qual “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Nesse viés, não sendo reconhecida expressamente a união entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, não seria possível a adoção conjunta por pares homoafetivos.

Contudo, uma leitura mais atenta aos referido artigos permite vislumbrar que ambos não reconhecem “somente” a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. De fato, reconhece-se a união estável entre o homem e a mulher, mas as normas não excluem o reconhecimento de outras. A norma constitucional é apenas exemplificativa, e não taxativa. Cumpre destacar o posicionamento de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Nesse sentido, considerando que não há proibição à união estável homoafetiva no art. 226, §3º, da CF/88, tem-se que se pode realizar uma interpretação extensiva ou aplicar a analogia para alargarmos a hipótese fática previsto neste enunciado normativo (o fato heteronormativo) para

reconhecê-la como meramente exemplificativa, de sorte a se admitir a possibilidade jurídica de se aceitar a existência de uma união estável homoafetiva quando presente nesta o amor familiar, a saber, o amor que vise uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, por ser este o elemento formador da família contemporânea.²³

Nos casos de lacuna na lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito²⁴, pois o juiz não pode se eximir de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei²⁵.

Recorre-se à analogia para demonstrar que as uniões homoafetivas em nada diferem das uniões heteroafetivas, porque ambas são calcadas no afeto. Merecem, portanto, o mesmo tratamento. Da mesma forma, os princípios gerais do direito devem nortear o Estado Democrático de Direito, obedecendo-se aos comandos da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, preconizados pela Constituição Federal, os quais também justificam o reconhecimento da entidade familiar formada pelas uniões homoafetivas. No mesmo sentido, costumes analisados devem ser atuais, os quais denotam tendência em respeitar e emprestar visibilidade dos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo²⁶.

Nessa seara, o Supremo Tribunal Federal, em 5 de maio de 2011, ao acolher a ADI 4.277-DF e ADPF 132-RJ, interpretou o art. 1.723 do Código Civil de acordo com a Constituição Federal, excluindo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoa dos mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de família. A Corte reconheceu, portanto, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, conforme se verifica na Ementa da decisão:

²³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Colisão e antinomia entre princípio e regras. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

²⁴ Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁵ Código de Processo Civil, art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 179.

(...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) ²⁷

Destaca-se, também, no mesmo ano, o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo pelo Superior Tribunal de Justiça.

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF (...)

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

(...)

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento

²⁷ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212.

homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.²⁸

Cumprindo o entendimento do STF e do STJ, os quais trataram, respectivamente, da união estável entre pessoas do mesmo sexo e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 175, a qual dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. De acordo com o art. 1º do texto, “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”²⁹. Deve-se mencionar, ainda, que esta resolução tem força vinculante³⁰.

Todas as considerações realizadas neste primeiro capítulo são pertinentes com a presente proposta, pois verificado que a homossexualidade é apenas uma orientação sexual diversa da heterossexual; que a intolerância religiosa não tem o condão para impor suas crenças sobre direitos civis, em razão da laicidade do Estado; que os tribunais superiores, apesar da omissão legislativa, reconhecem as uniões entre pessoas do mesmo sexo através de uma interpretação não reducionista do conceito de família; o tema da adoção conjunta por pares homoafetivos ganha sustentáculo para o prosseguimento da presente análise.

²⁸ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

²⁹ Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em: 17/10/2014.

³⁰ Regimento Interno do CNJ, art. 102, § 5º: As Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico do CNJ.

3. ADOÇÃO

Este capítulo discorrerá especificamente sobre a adoção, buscando, primeiramente, as origens históricas deste instituto. Posteriormente, será demonstrada a evolução deste instituto no cenário brasileiro, encerrando-se o capítulo com a conceituação e a natureza jurídica da adoção.

3.1. Breve olhar sobre as origens da adoção

Primeiramente, para que o tema da adoção possa ser compreendido no contexto da sociedade atual e seus desdobramentos inerentes, necessário um breve olhar sobre as origens da adoção, com o objetivo de visualizar melhor tal instituto jurídico dentro de uma mentalidade própria de uma época. Sem pretensão de oferecer um olhar detalhado e esmiuçado sobre as fontes históricas da adoção, alguns apontamentos iniciais, no entanto, são pertinentes.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves, “o instituto da adoção tem sua origem mais remota na necessidade de dar continuidade à família, no caso de pessoas sem filhos”³¹.

A adoção é instituto antigo, podendo ser encontrada em passagens da Bíblia, do Código de Hamurabi e nas Leis de Manu³².

Na antiguidade, a adoção estava relacionada a crenças, como forma de garantir o culto doméstico diante da impossibilidade de ter filhos. De acordo com Fustel de Coulanges:

O dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**, São Paulo: Saraiva: 2005, p. 329.

³² WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970, p. 176.

declarava o divórcio em caso de esterilidade e que, em caso de impotência ou morte prematura substituíra o marido por um parente, outorgava ainda à família um derradeiro recurso para escapar à infelicidade temida da extinção: o direito de adoção.³³

O autor lembra que a adoção era uma modalidade permitida somente para aqueles que não pudessem ter filhos, de modo que, por meio da adoção, continuava-se as oferendas fúnebres aos manes ancestrais, e com isso, garantia-se a perpetuidade da religião doméstica³⁴. Nesse sentido, segue a elucidação de Arnold Wald:

A adoção surgiu historicamente atendendo a imperativos de ordem religiosa. O homem primitivo acreditava, mais do que o homem moderno, que os vivos eram governados pelos mortos. Por este motivo, apaziguava com preces e sacrifícios os ancestrais falecidos para que protegessem os seus descendentes. Somente o culto dos mortos, que encontramos em todas as religiões primitivas, explica a expansão do instituto da adoção e o papel que desempenhou no mundo antigo.³⁵

Nota-se, dessa forma, a finalidade da adoção, como forma de manifestação das crenças dos indivíduos, a partir da reverência aos deuses familiares e domésticos.

O instituto também foi conhecido entre os gregos. Na civilização grega, era importante ter descendentes, pois somente assim continuava-se “o culto familiar, o culto dos deuses-lares. Nessa contingencia, o pater famílias, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade”³⁶.

Entre os povos bárbaros, a adoção era uma forma utilizada pelo guerreiro para escolher “um sucessor de suas façanhas belicosas, quando a natureza não lhe concede filhos”³⁷.

³³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edipro. 1998, p. 50.

³⁴ Idem.

³⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, p. 175-176.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004, p. 281.

³⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. 7. ed. São Paulo: Editora Rio, 1976, p. 353.

Contudo, foi em Roma que a adoção teve grande prestígio, sendo largamente utilizada. No Direito Romano, havia a ad-rogação e a adoção propriamente dita.

Pela primeira (*arrogatio*), adotavam-se pessoas *sui juris* e todos os seus dependentes. Exigia o ato efetiva intervenção do poder público. Além do consentimento do adotante e do adotado, tornava-se mister que o povo, especialmente convocado pelo pontífice, anuíssem também. Pela segunda (*datio in adoptionem*), adotavam-se apenas os *alieni juris*. O povo era substituído pelo magistrado, perante a quem se processava cerimonial complicado, abrangendo, primeiro, a extinção do pátrio poder do pai natural, e, depois, num segundo tempo, sua transferência para o adotante.³⁸

Embora com particularidades próprias, os institutos da *adrogatio* e da *adoptio* convergiam em alguns aspectos. Exigia-se do adotante a idade mínima de 60 anos e uma diferença de 18 anos entre a idade do adotado e adotante. A mulher, no entanto, só pôde adotar no Período do Baixo Império, mas mediante autorização do Imperador, o que, todavia, não acarretava transferência do pátrio poder.³⁹

Pouco mencionada, alguns autores citam, ainda, uma terceira modalidade no direito romano, a adoção testamentária. Como o nome denota, esta modalidade era realizada via testamento, no qual o adotante declarava a adoção pretendida. Controvertido, no entanto, era o seu caráter. “Para uns a adoção testamentaria constituía verdadeira ad-rogação; para outros, era simples instituição de herdeiro sob condição de tomar o adotado o nome do testador”.⁴⁰

Destacada a origem da adoção, fundamentada a partir do culto aos deuses familiares, como forma de dar continuidade aos cultos, a adoção perde o respectivo sentido na fase da Idade Média. A mudança de mentalidade desta época, de um Direito canônico impregnado pelo pensamento religioso, provocou o desestímulo da adoção, acarretando o verdadeiro declínio de tal instituto.

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1990-1992, p. 260-261.

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, p. 283.

⁴⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Obra citada, p. 261.

O direito canônico desconheceu a adoção, em relação à qual a Igreja manifestava importantes reservas. Nela viam os sacerdotes um meio de suprir ao casamento e à constituição da família legítima e uma possibilidade de fraudar as normas que proibia o reconhecimento de filhos adulterinos e incestuosos.⁴¹

Desse modo, em razão da Igreja sacralizar o matrimônio e a constituição da família legítima, era impensável a possibilidade de se introduzir filhos incestuosos e adulterinos no seio familiar.

Finalmente, a adoção ressurgiu com a Revolução Francesa, com regulação prevista no Código de Napoleão de 1804, difundindo-se por diversas legislações, repercutindo, inclusive, no cenário brasileiro.

3.2. Breve evolução da adoção no Direito Brasileiro

Neste tópico, o instituto da adoção será analisado a partir do tratamento do Código Civil de 1916, acompanhando-se a evolução do tratamento deste instituto jurídico a partir das demais leis subsequentes até, finalmente, o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

Embora encontremos numerosas referências da adoção na época de vigência das Ordenações Filipinas, no entanto, o disciplinamento deste instituto só ocorreu a partir do Código Civil de 1916. No antigo diploma civil, a adoção estava fortemente baseada nos princípios romanos, isto é, como meio de proporcionar a continuidade da família. No entanto, a adoção só era concedida aos maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada.⁴²

Com o advento da Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do capítulo da adoção do Código Civil de 1916 foram alterados. De

⁴¹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**, p. 177.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**, p. 330.

acordo com o antigo art. 368 do Código Civil de 1916, somente os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, poderiam adotar. Com a nova redação, a adoção se tornava possível para os maiores de 30 anos, sem referência a prole legítima.⁴³

Ainda, menciona-se a alteração no antigo art. 377 do Código Civil de 1916, uma vez que a nova redação do referido artigo não equiparou o adotado com o filho legítimo (caso houvesse) em relação à sucessão hereditária.⁴⁴ Portanto, a adoção era possível para os maiores de 30 anos, tivesse ou não filhos legítimos, contudo, caso houvesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a lei não equiparava o adotado ao filho legítimo para efeitos sucessórios. Como será evidenciado posteriormente, a equiparação em direitos e qualificações dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Menciona-se, ainda, o fato da nova lei diminuir a diferença de idade entre o adotante e o adotado. Enquanto o art. 369 do Código Civil de 1916 previa uma diferença mínima de 18 anos, a nova lei altera a redação do referido artigo, dispondo uma diferença mínima de 16 anos entre o adotante e o adotado.⁴⁵

Importante destacar também que o Código Civil de 1916 não desfazia o vínculo do adotado com sua família biológica, uma vez que, pela redação do art. 378 do diploma civil, os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo⁴⁶. Portanto, não se poderia afirmar que o adotado estava integrado de forma plena na nova família, em razão do vínculo com o parentesco natural ainda persistir após a adoção.

⁴³ Código Civil de 1916, art. 368: Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar. Com a alteração pela Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, o artigo passou a ter a seguinte redação: Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar.

⁴⁴ Código Civil de 1916, art. 377: A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção. Com a alteração pela Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, o artigo passou a ter a seguinte disposição: Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

⁴⁵ Código Civil de 1916, art. 369: O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado. Com a alteração pela Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, o artigo passou a ter a seguinte redação: O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

⁴⁶ Código Civil de 1916, art. 378: Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

A desvinculação do adotado com a família biológica só ocorrerá com o advento da Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, a qual regulava a legitimação adotiva. De acordo com o art. 9, §2º, da referida lei, “com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de legítima”⁴⁷.

A lei da legitimação adotiva, no entanto, foi revogada pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, mais conhecida como o “Código de Menores”. A grande alteração realizada pelo referido código está no fato de integrar a criança ou adolescente adotado na nova família, a partir da “adoção plena”.⁴⁸

Nesse momento, coexistiram duas formas de adoção: a adoção simples (nos moldes do Código Civil de 1916) e a adoção plena (nos moldes do Código de Menores, aplicando-se somente para o menor em situação irregular). Resumindo essa nova situação, Gonçalves dispõe:

Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre o adotante e o adotado sem desvincular o último de sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural; a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar parentesco com a família natural.⁴⁹

O Código de Menores, por sua vez, foi revogado pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, atualmente em vigor. Este marco na proteção dos interesses dos menores promoveu mudanças significativas no instituto da adoção, “trazendo como principal inovação a regra de que a adoção seria sempre plena para os menores de 18 anos”⁵⁰.

Do advento do novo diploma legal, há duas modalidades legais de adoção: a adoção civil (de acordo com as diretrizes do Código Civil de 1916) e a adoção plena

⁴⁷ De acordo com o art. 9º, §2º, da Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965: com a adoção, cessam os direitos e obrigações oriundos da relação de parentesco do adotado com a família de legítima.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**, p. 332.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**, p. 332.

⁵⁰ Idem.

ou estatutária (de acordo com as diretrizes do ECA). De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante, modalidade esta limitava aos maiores de 18 anos. A adoção estatutária era a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos. Era chamada, também, de adoção plena, porque promovia a absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-se completamente de seus parentes naturais, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento.⁵¹

Portanto, o ECA regula a adoção em relação às crianças e ao adolescente, atribuindo a condição de filho ao adotado, de acordo com o preceito constitucional, informando, ainda, ser a adoção plena, ao apontar o desligamento do adotado de qualquer vínculo com pais ou parentes (salvo os impedimentos matrimoniais)⁵².

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, instituiu o novo Código Civil. Reservando, inicialmente, um capítulo próprio e doze artigos sobre o assunto (do art. 1.618 ao 1.629), porém, atualmente o Código consta apenas com dois artigos, sendo os demais revogados, de acordo com as alterações legislativas previstas na Lei nº. 12.010, de 3 de agosto de 2008.

De acordo com o presente Código Civil, a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵³, sendo que a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁴.

⁵¹ Idem.

⁵² Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 41: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁵³ Código Civil, art. 1.618: A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

⁵⁴ Código Civil, art. 1.619: A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais

O resgate histórico evidenciado acima, com as principais mudanças legislativas a respeito da adoção, teve como objetivo introduzir o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que encontramos neste estatuto as principais normas que regulamentam a adoção.

3.3. Conceito de Adoção

Buscada as origens da adoção e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, pertinente, ainda, uma breve conceituação jurídica da adoção.

Para Clóvis Beviláqua, “a adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.⁵⁵

Silvio Rodrigues, por sua vez, preferiu destacar que o vocábulo *aceita*, empregada pelo eminente civilista, não reflete bem o comportamento do adotante, razão pela qual conceitua a adoção “como o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.⁵⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira, a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer parentesco consanguíneo ou afim”.⁵⁷

A natureza jurídica é controvertida. Embora muitos considerem o instituto como contrato, sustentando que há necessidade de duas vontades, participando o adotado por si ou por representante, contudo, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, uma vez que o Estado participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial. Por esta razão,

da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

⁵⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**, p. 351.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, p. 332.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. p. 409.

na adoção estatutária há o ato jurídico complexo com marcante interesse público que afasta a noção contratual.⁵⁸

Importa, em verdade, destacar que o instituto da adoção é uma via de mão dupla. Desse modo, permite-se “conferir filhos a quem não pode fisicamente conceber, e, de outro lado, atribuir um lar a crianças que necessitem, diante de fatores adversos, como a orfandade, o abandono e outros”⁵⁹.

Realizadas as considerações acima, o próximo capítulo terá especificamente como enfoque a viabilidade da adoção por pares homoafetivo, sustentando-se que a discriminação em razão da orientação sexual viola princípios constitucionais fundamentais declarados na Constituição Federal de 1988.

⁵⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, p. 284.

⁵⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Família**, p. 235.

4. A ADOÇÃO HOMOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O presente estudo entende que o indeferimento da adoção por casais homoafetivos viola princípios fundamentais e princípios informadores do direito de família.

É justamente no texto constitucional que será buscado o fundamento da adoção por pares homoafetivos. A escolha se deve por dois motivos.

Primeiro, porque encontramos na carta maior princípios fundamentais que sustentam o ordenamento jurídico. Será analisado o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III)⁶⁰ e o princípio da igualdade (visualizado no preâmbulo⁶¹ e no *caput* art. 5º)⁶², uma vez que ambos constituem a base, “o substrato necessário à constituição dos demais direitos, tutelando a pessoa humana em toda sua dimensão, uma vez que a mesma é portadora de dignidade e de igualdade, sob seu aspecto formal e material”⁶³. Ao lado do princípio da igualdade será analisada a vedação de tratamento discriminatório, uma vez que se constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I)⁶⁴, bem como a promoção do bem de todos, sem

⁶⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁶¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁶³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

⁶⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV)⁶⁵.

Segundo, porque o processo de repersonalização sentido direito civil (assunto que será melhor discutido no tópico do princípio da afetividade), no qual se insere o direito família, permite visualizar o ingresso de princípios constitucionais que orientam hodiernamente o campo da família. Dentre tais princípios, destacam-se aqueles que serão objeto de análise, isto é, o princípio da pluralidade familiar (art. 226, § 4º), o princípio da afetividade (art. 226, § 4º, visualizado também em outras normas constitucionais, como será apontado posteriormente) e o princípio da proteção integral da criança (art. 227), no qual se insere o direito à convivência familiar e comunitária. Apenas por questões metodológicas, esse último será analisado em um capítulo à parte, apresentando questões pertinentes ao adotando.

Pelo exposto até o momento, a análise da adoção por pares homoafetivos levará em consideração que a homossexualidade é um fato da vida, sendo as relações homoafetivas fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um, cabendo, portanto, ao Estado e ao Direito o acolhimento daqueles que são vítimas da intolerância e do preconceito, afastando-se, por conseguinte, no plano da interpretação constitucional, as convicções particulares (religiosas, políticas ou morais).⁶⁶

4.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

⁶⁵ Art. 3º, IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.34.

De todos os princípios elencados em nossa Constituição Federal, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana sustenta nosso ordenamento jurídico, sendo a raiz de todos nossos direitos. Desse modo, “constitui-se em um verdadeiro supraprincípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição”⁶⁷.

Desse modo, encontramos respaldo na dignidade da pessoa toda a série de direitos humanos. Destaca-se o ensinamento do jurista Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁶⁸

A dignidade da pessoa humana nos informa, portanto, o valor intrínseco de cada ser humano. A partir desta constatação, a dignidade humana não é algo negociável, a depender de pressupostos ou exigências legais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana “garante a todos o mesmo respeito e a mesma dignidade pelo simples fato de serem pessoa humanas, sendo absolutamente irrelevantes quaisquer condições externas nesse contexto”.⁶⁹ Todos os seres humanos compartilham e têm em comum a dignidade, razão pela qual esta não pode ser mensurada, a ponto de se estabelecer seres humanos “mais dignos” do que outros.

A dignidade da pessoa humana coloca os seres humanos no mesmo patamar de consideração de interesses, igualando todos os seres humanos em

⁶⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 141.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 73.

⁶⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, p. 200.

direitos e garantias. Oportuno lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana⁷⁰, declarando direitos fundamentais do Homem, em razão da dignidade e no valor da pessoa humana⁷¹.

Importante ressaltar, contudo, que a dignidade da pessoa humana não é uma construção normativa. Como valor inerente do ser humano, a dignidade preexiste às leis. Coube a estas apenas o reconhecimento do seu valor e preeminência.

Reputa-se que o princípio da dignidade não é um conceito constitucional, mas um dado preexistente a toda experiência, verdadeiro fundamento da República brasileira, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais; não é só um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem econômica, política, cultural, com densificação constitucional. É um valor supremo e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana. A dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz à concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.⁷²

Não basta que a dignidade humana seja declarada como o princípio fundamental do qual decorrem os demais direitos se o mesmo não se efetiva no plano prático. Se todos os seres humanos possuem uma dignidade inerente, e se dela decorrem nossos direitos fundamentais, a negativa da adoção por pares homoafetivos, em razão de orientação sexual diversa, representa uma violação à dignidade humana de cidadãos abarcados por um Estado que, a princípio, garante direitos fundamentais a todos os seres humanos. Bem colocada é a frase do Min. Humberto Gomes de Barros ao pronunciar que “o homossexual não é cidadão de

⁷⁰ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...)”

⁷¹ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;”

⁷² GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Os crimes sexuais e a pessoa vulnerável**. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_01/revista_digital_ed_01_2.pdf> Acesso em: 12/09/2014.

segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”.⁷³

Pertinente, neste momento, fazer um recorte sobre os direitos de personalidade, uma vez que encontram fundamento justamente na dignidade da pessoa humana e servem de argumento para a presente análise.

Elimar Szaniawski ensina que o sistema de tutela de personalidade humana tem como pilastra central a dignidade da pessoa humana. Desta forma, a dignidade da pessoa humana vem a ser o princípio motriz de tutela da personalidade que, combinado com outros direitos, sustentam o direito geral de personalidade. Dentre estes direitos, podemos encontrar o direito de possuir uma família e de planejá-la de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.⁷⁴

Na tutela da personalidade humana, afirma Szaniawski, tem-se no direito à vida como o primeiro e o mais importante atributo da personalidade humana, porque sem vida não há personalidade e sua tutela⁷⁵. Contudo, não basta que o direito à vida seja garantido, se não se oportuniza o direito a uma vida digna, pelo que a vida tem que ser vivida dignamente. Assim sendo, de acordo com o autor, “o direito à vida integra-se ao direito à qualidade de vida e ambos estão vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana”.⁷⁶

Cumprir lembrar que direito à qualidade de vida não envolve somente os casos de pacientes com doenças terminais ou os casos aborto eugênico, como se poderia pensar a princípio. Em verdade, tal direito também abarca e satisfaz outros direitos da personalidade humana. De acordo com Elimar Szaniawski:

O direito à qualidade de vida é construído sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo abarcado também pelo *direito à autodeterminação do indivíduo*, pelo *direito à identidade pessoal*; pelo direito à saúde, *pelo direito de constituir uma família* e pelo direito de acesso a um patrimônio mínimo.⁷⁷ (grifo próprio)

⁷³ STJ, REsp 238.715-RN, 3ª T. Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, j. 19.05.2005.

⁷⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 138-139.

⁷⁵ Ibidem, p. 146.

⁷⁶ Ibidem, p. 157.

⁷⁷ Ibidem, p. 158.

Optou-se por grifar os direitos mencionados acima, uma vez que se entende que a negação do direito de adotar, por pares homoafetivos, além de violar o direito de constituir uma família, implica também na ofensa ao direito à identidade pessoal e ao direito à autodeterminação pessoal.

De forma clara, de acordo com o referido autor, podemos entender o direito à autodeterminação no poder que todo o ser humano possui no sentido de “decidir, por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de sua evolução e da formação de seu próprio tipo de personalidade”⁷⁸. Quando a orientação sexual é uma das facetas da personalidade humana, logo se infere que o homossexual tem direito à autodeterminação, de orientar e vivenciar sua personalidade como pessoa cuja orientação sexual é homossexual, e, portanto, ser reconhecido como pessoa. Isto porque “o direito à autodeterminação pessoal compreende o direito à autodeterminação sexual, abarcando nesta categoria, a autodeterminação sexual de homossexuais e transexuais”⁷⁹, pelo que “essa autodeterminação sexual não pode ensejar tratamento diferenciado”⁸⁰. Esta ressalva é importante porque a autodeterminação sexual do indivíduo em nada prejudica terceiros, não se podendo presumir e sustentar que a homossexualidade do adotante representa uma influência negativa para o adotando. Mais uma vez, esclarece Szaniawski:

No direito à autodeterminação sexual, se insere tudo aquilo que se relaciona com a individualidade do ser humano, naquilo que diz respeito ao caráter do indivíduo, às tendências pelo mesmo recebidas, tanto pela natureza, como pelo caráter adquirido através da educação e do autodesenvolvimento.⁸¹

Mantendo uma ligação limítrofe com a autodeterminação, o direito à identificação pessoal consiste no direito do indivíduo ser identificado em sua singularidade, “sendo visto e reconhecido por si mesmo e pelos outros, como ele próprio”⁸². Como legítimo direito de personalidade, deve-se assegurar o direito à

⁷⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 161.

⁷⁹ Ibidem, p. 164.

⁸⁰ Ibidem, p. 169.

⁸¹ Ibidem, p.170.

⁸² Ibidem, p. 165

identificação pessoal a todos, indistintamente, sem receios de sofrer preconceitos por ser quem é. Este aspecto é interessante de ser ressaltado, pois homossexuais acabam reprimindo a própria orientação sexual como forma de não sofrer discriminação e, no caso da adoção, pode haver um verdadeiro desestímulo do projeto parental ao temer-se possíveis óbices e a exposição da vida privada⁸³.

Por fim, nega-se o direito de constituir uma família, também alvo de tutela da personalidade humana. É válido mencionar que, para muitas pessoas, a qualidade de vida está fundamentalmente relacionada à possibilidade de constituir uma família, de modo que os laços construídos nas relações familiares, a partir da troca de afeto e cuidados, permitem que se viva dignamente. A concretude deste projeto se potencializa quando, a partir da comunhão de vida com alguém, existe vontade de exercer a função parental.

Pelo exposto, considerando a sexualidade um dos reflexos da dignidade humana - “característica personalística de todas as pessoas, sem qual não se vive dignamente”⁸⁴ - somente se garante o direito a uma vida digna quanto se é garantido direitos básicos, dentre os quais, o direito à identidade pessoal, à autodeterminação pessoal (da qual se depreende a autodeterminação sexual) e o direito de constituir uma família. Todos esses direitos tem fulcro, sobretudo, na dignidade da pessoa humana. Como bem afirmou Szaniawski, “a pessoa que não possui uma boa qualidade de vida não está exercendo verdadeiramente seu direito à dignidade humana”⁸⁵. A partir destes direitos, garante-se que as pessoas tenham uma boa, “senão, uma razoável qualidade de vida, de acordo com o mandamento do princípio da dignidade e, desta maneira, poderão desenvolver plenamente sua personalidade”.⁸⁶ Em síntese, segue as considerações de Ana Carla Harmatiuk Matos:

Para se viver em dignidade, deve ser respeitado o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, segundo sua peculiar forma de ser. Não se

⁸³ MATOS, Ana Clara Harmatiuk. **A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta**. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). Manual do direito homoafetivo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298

⁸⁴ JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. Diversidade Sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, p. 115.

⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 157.

⁸⁶ Ibidem, p. 176.

pode excluir uma pessoa do sistema jurídico tutelador das consequências da afetividade, como o é o Direito de Família, em razão de sua orientação sexual, a qual é constituidora de sua personalidade, sendo o elemento essencial do seu ser.⁸⁷

Respeitando todos esses direitos de personalidade, pelo qual se respeitaria a dignidade da pessoa humana, estaremos, por fim, garantindo o direito à felicidade. Seguem as lúcidas palavras de Maria Berenice Dias:

O sonho de todos é encontrar a felicidade. A própria Constituição Federal, ao contemplar os cidadãos com um punhado de direitos, garantias e prerrogativas, ao fim e ao cabo, o que visa é assegurar o direito fundamental à felicidade. Afinal, quem tem vida digna, igualdade, liberdade, acesso à educação, saúde, habitação etc., tem assegurado o direito de ser feliz.⁸⁸

A orientação sexual não pode ser motivo para diminuir as pessoas em sua dignidade. Se o desenvolvimento de nossa personalidade só é possível com a garantia de direitos mínimos já citados, porque somente assim nossa dignidade como humano estaria sendo preservada, não se poderia chegar à outra conclusão se não a de que inviabilidade de adoção com fundamento exclusivo na orientação sexual violaria, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

4.2. Do princípio da igualdade e da vedação ao tratamento discriminatório

A Declaração Universal de Direitos Humanos declara que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁸⁹, motivo pelo qual todo ser

⁸⁷ MATOS, Ana Clara Harmatiuk Matos. **União entre pessoa do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 153.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**, p. 118.

⁸⁹ Art. 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

humano tem capacidade para gozar de direitos e liberdades estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição⁹⁰. Reforça, ainda, que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento a tal discriminação⁹¹.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade está consagrado no artigo 5º, *caput*, o qual preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁹².

A doutrina, por sua vez, desdobra o princípio da igualdade, analisando seu aspecto formal e material.

Sob o aspecto formal, o princípio da igualdade consagra apenas a igualdade perante a lei, o que enseja a aplicação do Direito vigente a todos os indivíduos, sem consideração das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada.⁹³ Desse modo, a mera igualdade perante a lei não traduz o verdadeiro sentido da igualdade, pois não distingue os destinatários da norma, tratando todos igualmente apesar da desigualdade existente.

Da abertura para arbitrariedades não desejadas, o princípio da igualdade deve ser analisado sob o aspecto material, o qual busca a igualdade na lei. Somente neste aspecto se concretiza a igualdade, porque confere o mesmo tratamento jurídico aos que se encontram em situação idêntica ou análoga, dispensado,

⁹⁰ Art. 2º: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

⁹¹ Art. 7º: Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

⁹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁹³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 91.

concomitantemente, tratamento jurídico diverso para aqueles que se encontram em situação diversa, em razão da situação de desigualdade existente.⁹⁴

(...) (a igualdade *perante* a lei) corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais ao caso concreto, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade *na* lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição (...)⁹⁵

A partir do entendimento dos dois aspectos do princípio da igualdade, é possível compreender a vedação de tratamento discriminatório, uma vez que a Constituição Federal estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e, para tal, pretende a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

O legislador constituinte não esgotou todas as formas de discriminação possíveis, de modo que o rol elencado na norma constitucional é exemplificativo. Por tal razão, a expressão “outras formas de discriminação” abarca outras tantas formas de discriminação que não podem ser toleradas, pois, caso contrário, restaria violado o princípio da igualdade.

Apesar de tal preceito, certas discriminações legais serão toleradas em nosso ordenamento jurídico, sem que haja violação ao princípio da igualdade. Desse modo, a lei pode discriminar quando busca justamente igualar. Contudo, nesse caso, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, deve-se observar três questões para que esta discriminação seja positiva:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há uma justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou

⁹⁴ VECHHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos** p. 93.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 214.

fundamento racional abstrato existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.⁹⁶

Satisfeitos esses critérios, teríamos a chamada discriminação positiva⁹⁷, a qual não é objeto do presente estudo. Preocupa-se, no entanto, com as discriminações negativas, sendo estas “distinções, discriminações e privilégios arbitrários, preconceituosos, odiosos ou injustificáveis”⁹⁸. Nesse sentido, as discriminações negativas são inadmissíveis, porque o critério discriminador, neste caso, além de não guardar uma correlação lógica com o tratamento jurídico diverso, está em profundo desacordo com os valores presentes no sistema constitucional.

Considerar a orientação sexual humana como critério para a adoção seria uma forma de discriminação negativa, por exemplo. Em verdade, embora a lei não discrimine a sexualidade do adotante como requisito para a adoção, como será analisado no próximo capítulo, também não pode o aplicador do direito discriminar arbitrariamente. Isto posto, como aponta Alexandre de Moraes, o princípio da igualdade opera em dois planos distintos:

De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.⁹⁹

⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21-22.

⁹⁷ “Nesse sentido, a disciplina constitucional da posse indígena (art. 231, §2º), o trabalho da mulher (art. 7º, XX) a reserva de mercado de cargos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras” (ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. , rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 156).

⁹⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método: GEN Grupo Editorial Nacional, 2008, p. 292.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, p. 63.

Nesse sentido, o princípio da igualdade tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei.¹⁰⁰

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdade arbitrária. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.¹⁰¹

Negar a adoção por pessoas de orientação sexual diversa da considerada “normal” é discriminar de forma arbitrária, preconceituosa, sendo, portanto, inadmissível em um Estado Democrático de Direito, constituído a partir do princípio da igualdade e, sobretudo, com fundamento na dignidade da pessoa humana. Segue a posição de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Com efeito, a partir do momento em que a isonomia exige uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido, tem-se que é inconstitucional o desrespeito a terceiros por puros preconceitos e, assim, por motivos puramente arbitrários, justamente por serem estes desprovidos de fundamentação lógico-racional que lhes fundamente.¹⁰²

O referido autor lembra que “o mero moralismo majoritário não tem o condão de justificar discriminações jurídico-sociais pelo simples fato de o grupo discriminado ter um estilo de vida supostamente contrário à moral do grupo majoritário/dominante”¹⁰³.

Felizmente, a passos ainda lentos, alguns tribunais do nosso país comprovam uma mudança de mentalidade, isto é, o abandono de posições preconceituosas quando do pedido de adoção por pares homoafetivos.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 215.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, p. 63.

¹⁰² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Os Princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e o direito homoafetivo**, p. 221.

¹⁰³ Idem.

Apelação cível. Adoção por casal homoafetivo. Sentença terminativa. Questão de mérito e não de condição da ação. Habilitação deferida. Limitação quanto ao sexo e à identidade dos adotandos em razão da orientação sexual dos adotantes. Inadmissível. Ausência de previsão legal. Apelo conhecido e provido. **1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.** 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.¹⁰⁴

Esta decisão do Tribunal de Justiça do Paraná se ateve aos princípios da igualdade, da não discriminação, e do melhor interesse da criança, motivo pelo qual oportunizou a adoção.

4.3. Dos princípios constitucionais da família

Atualmente, seria incompatível com as transformações de ordem social aceitar um modelo exclusivo de família. Recepcionar apenas um padrão familiar significa ignorar as variações sentidas nas relações pessoais das últimas décadas, sobretudo, no campo da família. Desse modo, “a expressão direitos das famílias melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar no âmbito de proteção as famílias, todas as famílias, sem discriminação, sem preconceitos”.¹⁰⁵

Para que se possa compreender a prevalência do princípio da afetividade como o elemento essencial das relações familiares e o reconhecimento da pluralidade familiar, a partir da Constituição Federal, torna-se imprescindível uma breve demonstração da evolução sociocultural do conceito de família no cenário brasileiro, tendo como referência a estrutura familiar definida pelo Código Civil de 1916.

¹⁰⁴ TJPR, AC 529.976-1, Rel. Juiz Conv. De'Artagnan Cerpa Sá, j. 11/03/2009.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

4.3.1. A evolução sociocultural da família

No início do século passado, a família era um conceito fechado, de estrutura rígida e com uma finalidade própria. A única família possível pelo antigo diploma civil era aquela fundada no casamento, de modo que “família e casamento se tratavam de uma coisa só, una e indivisível, na medida em que aquela não existia legalmente sem este”¹⁰⁶, o que pressupunha um modelo heterossexual, até porque, a finalidade da família era sua continuidade. Nesse sentido, a procriação tornava-se essencial, pois, além de identificar seus membros como força de trabalho, muito relevantes eram as questões patrimoniais da família¹⁰⁷, de modo a garantir que “o patrimônio do homem continuasse com membros do ‘seu sangue’”¹⁰⁸. Inclusive, este sintoma patrimonialista da entidade familiar pode ser verificado da análise dos 290 artigos destinados ao Direito de Família da época, quando 151 tratavam de relações patrimoniais e 139, de relações pessoais.¹⁰⁹

A família fundada no casamento era a família legítima, de modo que somente os filhos havidos dentro do casamento eram considerados legítimos, caso contrário, seriam considerados ilegítimos, o que implicava na perda de direitos¹¹⁰. Enquanto os filhos legítimos e os adotivos estavam submetidos ao pátrio poder, enquanto menores (art. 379, CC/1916), os filhos ilegítimos, não reconhecidos pelo pai, ficavam submetidos ao poder materno (art. 383, CC/1916). Por outro lado, embora os filhos legítimos e os adotados estivessem submetidos ao pátrio poder, a Lei n. 3.133, de 1957, como visto anteriormente, não os equiparava para efeitos sucessórios.

Não se poderia falar também na igualdade entre os cônjuges, pois a feição do antigo diploma civil era compatível ao modelo patriarcal tradicional. Ao homem

¹⁰⁶ GIRARDI, Viviane. **Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**, p. 30.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**, p. 121-122.

¹⁰⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 159.

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, p. 28.

cabia o posto de chefe de família e à mulher os afazeres domésticos, a administração da casa e a criação dos filhos¹¹¹. Nesse viés, outorgava-se ao homem a chefia e a direção da sociedade familiar, de acordo com os arts. 233¹¹² e 380¹¹³ da redação original do antigo diploma civil, enquanto a mulher permanecia na condição de submissão.

Não obstante, a mulher casada tinha um espaço relativamente restrito, especialmente na vida em sociedade. Começava por perder, com o casamento, o direito à livre administração de seus bens, o direito de exercer profissão sem autorização do marido, dentre outras limitações suficientes para colocá-la numa posição, se não de inferioridade, ao menos de estreita dependência para com o cônjuge perante a sociedade, sobremaneira patriarcal e machista, uma vez que aos olhos da lei, a autoridade reconhecida era do marido, e tão-somente a dele, na chefia e direção da sociedade familiar.¹¹⁴

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) concede-se à mulher o direito de propriedade exclusiva sobre os bens obtidos pelo próprio trabalho¹¹⁵. O referido Estatuto alterou alguns dispositivos do Código Civil de 1916, e, dentre as mudanças, declarou que o marido, embora chefe da sociedade conjugal, exercia tal posto em colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos¹¹⁶, bem como outorgava a titularidade do pátrio poder a ambos os cônjuges¹¹⁷. Lembra Maria Berenice Dias:

O primeiro grande marco para romper a hegemonia masculina foi em 1962, quando da edição da Lei 4.121. O chamado Estatuto da Mulher Casada, devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, p. 28.

¹¹² Código Civil de 1916, art. 233: O marido é o chefe da sociedade conjugal.

¹¹³ Código Civil, art. 380: Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe de família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

¹¹⁴ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 28.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, p. 28.

¹¹⁶ Código Civil de 1916, art. 233: O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962.

¹¹⁷ Código Civil de 1916, art. 380: Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962.

deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família¹¹⁸.

Desta maneira, paulatinamente, começou-se a desencadear uma reforma nesta estrutura familiar rígida. Posteriormente, a aprovação da Lei do Divórcio, o controle feminino da procriação, a inserção da mulher no mercado de trabalho, por exemplo, promoveram uma verdadeira mudança de valores e costumes¹¹⁹. Surgem novos paradigmas, dissociando-se os conceitos de casamento, sexo e reprodução¹²⁰. Aquele conceito fechado de família perde sua força, “pois se o casamento já não é perpétuo, e a família não é um fim em si mesma, o sexo não se destina mais unicamente à procriação, sendo esta possível sem aquele”¹²¹.

Neste panorama, o antigo viés, heterossexual, patriarcal, hierarquizado, matrimonializado e patrimonializado¹²², não satisfaz propriamente a concepção de família, porque não busca a realização de seus membros. Não se admite mais papéis pré-estabelecidos na via conjugal, menos ainda que a família tenha como única finalidade a procriação e a transmissão de patrimônio, esfacelando-se, por fim, a imposição de um modelo familiar que, muitas vezes, exclui parcela da população.

Estas transformações que foram se consolidando na estrutura social, acabaram sendo reconhecidas, finalmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O processo de constitucionalização dos ramos do direito, sobretudo, o civil, “repersonalizou” este ramo privado, há muito tempo calcado nos aspectos patrimoniais. Esta repersonalização do direito tem como fundamento a

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: < [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18 - a mulher no c%F3digo civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%C3%BDigo_civil.pdf)> Acesso em: 23/09/2014.

¹¹⁹ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 20.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**, p. 28.

¹²¹ GIRARDI, Viviane. **Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**, p. 33.

¹²² DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10014-10013-1-PB.pdf>> Acesso em: 11/09/2014.

dignidade da pessoa humana, princípio fundamental inserido na Constituição Federal. Nesse ponto, elucida Elimar Szaniawski:

A valorização da pessoa como ser humano e a salvaguarda de sua dignidade, recoloca o indivíduo como ponto nuclear, como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica, sendo o fenômeno denominado de repersonalização do direito (...)¹²³

O campo da família perde a sua função de outrora para dar lugar à realização das pessoas como indivíduos, em virtude da repersonalização do direito. Assim, a família perde suas funções institucionais, surgindo a noção da família eudemonista, isto é, um modelo de família voltado para a realização pessoal de seus membros¹²⁴.

A família tornou-se um ambiente propício para o compartilhamento de sentimentos de amor, respeito e afeição, caracterizando dessa forma o *eudemonismo*. Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, o eudemonismo se refere à 'doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade'. Transpondo referido conceito ao contexto familiar, o modelo familiar eudemonista é aquele que tem como elemento propulsor dos relacionamentos familiares a afetividade, compreendendo-se aí a dignidade, a felicidade e a realização de cada um dos seus membros. A família sócio-afetiva, respaldada constitucionalmente (...) corrobora a concepção eudemonista, na medida em que se percebe que mais importante que os vínculos exclusivamente consanguíneos, são os laços afetivos que unem os indivíduos na família.¹²⁵

Nesse sentido, a família se “despatrimonializou” quando se “repersonalizou”, denotando uma grande mudança de paradigma. Reconheceu-se, portanto, a prevalência das relações pessoais sobre às patrimoniais. O afeto se tornou o cerne,

¹²³ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**, p. 57.

¹²⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 27.

¹²⁵ PINHEIRO, Dávila Teresa de Galiza Fernandes. Mediação familiar: uma alternativa viável à resolução dos conflitos familiares. Disponível em: <<http://daviagaliza.jusbrasil.com.br/artigos/112348906/mediacao-familiar-uma-alternativa-viavel-a-resolucao-dos-conflitos-familiares>> Acesso em: 22/09/2014.

o verdadeiro alicerce das relações familiares, inaugurando, desta maneira, um novo rumo no direito de família.

É neste contexto que se fala em “despatrimonialização” da família, ou seja, em abandono da estreita e unilateral visão do legislador de 1916, para dar guarida à “repersonalização” da família, ou seja, ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles estão: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito.¹²⁶

A partir desta virada paradigmática, coube ao Direito, por conseguinte, o reconhecimento do verdadeiro suporte da estrutura familiar, isto é, o elemento que traduz, sustenta e une a família. Reconheceu-se, portanto, o elemento afetivo como a essência da família.

4.3.2. Do princípio da afetividade

Como demonstrado no tópico anterior, pode-se visualizar que a família contemporânea não está mais enraizada nos moldes da concepção rígida de outrora, de estrutura matrimonial e hierarquizada, baseada na diversidade de sexos dos cônjuges, e, sobretudo, com nítida preocupação com os aspectos patrimoniais em detrimento dos aspectos pessoais. A própria sociedade rompeu com os velhos paradigmas, cabendo ao Direito reconhecer esta mudança. O elemento afetivo passa ser o novo paradigma, isto é, o fundamento das relações familiares. Hodiernamente, a importância da afetividade é de tal modo, pois “não havendo mais afetividade, não existe razão para manutenção aos olhos da sociedade, de uma estrutura meramente formal e vazia de fundamento”¹²⁷.

¹²⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 248, p. 248.

¹²⁷ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 243.

É dentro a família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros recebem estímulo para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade (...) a responsável pela plena realização pessoa de cada membro familiar.¹²⁸

Importante destacar que o princípio da afetividade não está expresso na Constituição Federal, porém, de acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, o referido princípio pode ser vislumbrado a partir de algumas disposições constitucionais, entre elas:

a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §§ 3º e 4º); d) o casal é livre para extinguir o casamento ou a união estável, sempre que a afetividade desapareça (art. 226, §§ 3º e 6º).¹²⁹

Sobre as referidas disposições constitucionais, que confirmam a afetividade como a base das relações familiares, o referido autor explica:

Se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse ou valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho. **A fortiori, se não há qualquer espécie de distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos, é porque a Constituição os concebe como filhos do amor, do afeto construído no dia a dia, seja os que a natureza deu seja os que foram livremente escolhidos.** Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes. O advento do divórcio direto (ou a livre dissolução na união estável) demonstrou que apenas a afetividade, e não a lei, mantém unidas essas entidades familiares (...) ¹³⁰ (grifo próprio)

¹²⁸ Ibidem, p. 235.

¹²⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 13/09/2014.

¹³⁰ Idem.

Seguindo o entendimento do professor citado acima, pode-se visualizar a relevância e a preeminência da afetividade nas relações familiares, evidenciada, sobretudo, no campo da adoção. É no campo da adoção que visualizamos de forma mais contundente o valor da afetividade. Com esta afirmação, deve ficar claro que não se está negando o afeto nas relações familiares oriundas do vínculo biológico, quando, como demonstrado anteriormente, o afeto é o sustentáculo de todas as entidades familiares. No entanto, é na adoção que o aspecto da afetividade se sobressai, pois, ausente o vínculo biológico, o vínculo do adotado com os adotantes não poderia ser outro senão o afeto. Como bem elucidou José Sebastião Oliveira “o Direito não tem o poder de criar afetividade. Sentimentos naturais não decorrem de legislações, mas de vivência cotidiana informado pelo respeito, diálogo e compreensão”.¹³¹

Sendo o elemento afetivo a base da família, não se poderia aceitar um modelo exclusivo de arranjo familiar. Por tal razão, a Constituição Federal de 1988 reconheceu outras entidades familiares, as quais encontram justamente no afeto sua razão de ser.

4.3.3. Do princípio da pluralidade de entidade familiar

Por muito tempo a única família aceita e reconhecida pelo Direito era aquela fundada no matrimônio. Assim sendo, este modelo familiar exclusivo marginalizava outras formas de família que eram realidade na sociedade, de modo que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a “sociedade brasileira teve o acolhimento legal do que os fatos sociais há muito já demonstravam: existem outras formas de organização familiar que não somente aquelas fundadas no

¹³¹ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**, p. 233.

casamento”¹³². Portanto, o reconhecimento de outras entidades familiares, além daquela constituída no casamento, demonstra que a Constituição recepcionou outras organizações familiares, porque são calcadas no afeto e na solidariedade.¹³³

Constata-se uma evolução do conceito de família, o qual, além do modelo tradicional constituído pelo casamento, passou a compreender outras modalidades. Com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes obtiveram o reconhecimento formal do Estado, sendo consideradas, cada qual, entidade familiar.¹³⁴

De acordo com a Constituição Federal, a família é a base da sociedade¹³⁵, reconhecendo-se como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher¹³⁶, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes¹³⁷. Assim sendo, a Constituição Federal identifica a pluralidade familiar quando reconhece outras entidades familiares, além daquela formada pelo casamento. Embora já destacado no primeiro capítulo, cumpre reafirmar que a norma constitucional de fato não reconhece expressamente as uniões homoafetivas como entidade familiar, informando o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher. Por outro lado, a norma constitucional não veda o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. Nesse sentido, como demonstrado, decidiu o STF por uma interpretação não-reducionista do conceito de família, razão pela qual é perfeitamente possível o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Nesse ponto, elucida Ana Carla Harmatiuk Matos:

¹³² GIRARDI, Viviane. **Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**, p. 32.

¹³³ Ibidem, p. 34.

¹³⁴ PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**, p. 20.

¹³⁵ Constituição Federal, art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹³⁶ Constituição Federal, art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹³⁷ Constituição Federal, art. 226, §4º: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

(...) nossa atual Constituição não apresentou um elenco taxativo de possibilidade de entidade familiares. Nem poderia desse modo proceder, porquanto os novos modelos de família brotam das relações sociais, não sendo criados conjuntamente com as aprovações dos textos normativos.¹³⁸

Oportuno destacar, também, que o princípio da pluralidade familiar não estabelece qualquer regra quanto ao arranjo familiar, de maneira que prevalece o vínculo afetivo desses arranjos, entre os quais, está inserida a família homoafetiva¹³⁹. Desse modo, a Constituição Federal, ao romper com o modelo fechado de família de outrora, fundada exclusivamente a partir do casamento, reconhece outras formas de constituição de entidade familiar, fazendo valer o conceito eudemonista de família¹⁴⁰, conforme analisado, mas também a concepção plural de família. Pertinentes as palavras de Juliane Mayer Grigoletto:

E nos filiamos a corrente que considera a união entre homossexuais como família, porque acreditamos que a família é um grupo de pessoas ligadas por interesses ou convicções comuns. Não abrange somente o fim reprodutivo porque o que seria dos casais que não podem ter filhos? E os que podendo decidem não ter? Será que não merecem proteção do Estado? Assim, optamos pela família eudemonista que considera a busca de uma vida feliz, de maneira individual ou coletiva, o princípio e o fundamento dos valores morais, julgando eticamente positivas todas as ações que conduzam o homem à felicidade, o que não depende necessariamente da diversidade de sexos e do casamento.¹⁴¹

Ao fim desta seção, destacada a evolução sociocultural do conceito de família, a qual perdeu suas funções institucionais, mostrou-se que a família ganhou novos contornos a partir da repersonalização do direito, verificada após o advento da Constituição Federal. Com base na dignidade da pessoa humana, o direito voltou para a realização pessoal das pessoas, sendo tal realização imprescindível na

¹³⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 139.

¹³⁹ CHAVES, Mariana. **Homoafetiva e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá: 2011, p. 80.

¹⁴⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade à pluralidade constitucional**, p. 163.

¹⁴¹ GRIGOLETO, Juliane Mayer. Aspectos conjunturais da adoção por homossexuais. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6502/aspectos-conjunturais-da-adocao-de-criancas-por-homossexuais>> Acesso em: 15/10/2014.

estrutura familiar. Tem-se no afeto o grande elemento e fundamento das relações familiares, em oposição à estrutura rígida de outrora, mais preocupada com os aspectos patrimoniais.

5. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

A princípio, atendendo-se aos critérios legais, o direito de adotar deve ser oportunizado a todos, indistintamente. Porém, o ordenamento jurídico prioriza os interesses do adotando. Como ressaltou Eduardo de Oliveira Leite, “entre o direito das crianças, de terem pai e mãe, e a eventual pretensão do casal homossexual, em adotar, o legislador não vacilou e priorizou aquele direito, em detrimento deste”¹⁴². Nesse viés, após a sustentação da viabilidade de adoção por casais do mesmo sexo, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, este capítulo tem como enfoque o adotando e seu melhor interesse.

5.1. A Criança e o Adolescente como sujeitos de direito

A preocupação com a criança pode ser observada primeiramente em âmbito internacional: em 1924, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança; em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos; em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança; em 1986, a Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar da Criança; em 1989, Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros.

A Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁴³, por exemplo, foi um verdadeiro marco na proteção das crianças, pois estabeleceu um rol mínimo de direitos e garantias que promovam seu pleno desenvolvimento, com previsão de direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais. No mesmo sentido, deve-se mencionar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São

¹⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse da criança. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. (Grandes temas da atualidade), v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 118.

¹⁴³ O Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990 por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de Novembro de 1990.

José da Costa Rica)¹⁴⁴ já estabelecia o fato de todas as crianças terem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado¹⁴⁵. De modo geral, estes documentos revelam uma preocupação com os interesses da criança, despertando-se, assim, uma consciência a respeito sobre esses seres que estão em desenvolvimento, os quais merecem, portanto, proteção condizente com sua condição.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no art. 227, um rol de direitos para as crianças e os adolescentes:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Revela-se, portanto, a preocupação do legislador constituinte com a condição peculiar da criança e do adolescente. Assim, pode-se visualizar que “a doutrina da proteção integral, adotada pela Constituição Federal de 1988, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a prescrição dos direitos da criança e do adolescente, enquanto sujeitos de direito”¹⁴⁶.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 elucida o compromisso do Brasil com a Doutrina de Proteção Integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta. Inverteu-se, desde então, o foco da prioridade. No sistema jurídico anterior, privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Nova Carta, o interesse prioritário passa a ser o da criança.¹⁴⁷

¹⁴⁴ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor, para o Brasil, em 25 de setembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

¹⁴⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 19: Toda a criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

¹⁴⁶ BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2011, p. 34.

¹⁴⁷ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo Direito de Família. In: **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Coord. Belmiro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2004, p. 279.

Destacada a inclusão dos menores como legítimos sujeitos de direito, com uma série de direitos fundamentais, o próximo tópico abordará especificamente o direito à convivência familiar e comunitária garantido aos menores.

5.2. Do direito à convivência familiar e comunitária

Como visto no tópico anterior, o direito à convivência familiar e comunitária é um dos direitos garantido à criança e ao adolescente em nível constitucional. Seguindo o disposto na Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente versa sobre a proteção integral à criança e ao adolescente¹⁴⁸, garantindo a estes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana¹⁴⁹. Especificamente sobre o direito à convivência familiar e comunitária, o ECA reforçou tal direito nos art. 4º¹⁵⁰ e 19¹⁵¹.

Contudo, apesar de expressamente garantido a nível constitucional e infraconstitucional, o direito à convivência familiar e comunitária muitas vezes não é efetivado na prática. A realidade brasileira nos mostra que muitas crianças e adolescentes se encontram privados de exercer o direito à convivência familiar e comunitária¹⁵², o qual é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade.

¹⁴⁸ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁴⁹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹⁵⁰ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁵¹ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (...).

¹⁵² É possível ter dados estatísticos de crianças/adolescentes por meio do Cadastro Nacional de Adoção. O CNA é uma ferramenta criada para auxiliar juízes das varas da infância e da juventude na condução dos procedimentos de adoção. Lançado em 29 de abril de 2008, o CNA tem por objetivo agilizar os processos de adoção por meio do mapeamento de informações

A importância de estar inserida numa família foi apontada inicialmente pela Convenção sobre os Direitos da Criança, quando reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão¹⁵³. Nesse sentido, a família é “o aporte afetivo fundamental para o desenvolvimento infanto-juvenil e para a saúde mental dos indivíduos; a absorção de valores éticos e de conduta; bem como a introdução das crianças na cultura da sociedade em que estão inseridas”¹⁵⁴. É na família que a criança ou adolescente primeiro aprende valores e regras de conduta, os quais são essenciais quando estes começam a conquistar espaços sociais, porque nestes espaços o menor depende, sobretudo, da instrução recebida no núcleo familiar.

Mais do que estar inserido em uma família, o direito à convivência familiar implica a existência de uma série de circunstâncias que facultam à criança e ao adolescente um desenvolvimento saudável desde a fase infantil. Isso implica a percepção, pela própria criança, de que dispõe de um espaço onde encontra e recebe atenção, cuidado, afeto, e na compreensão de que existem pessoas que dela se ocupam e zelam por seu crescimento, proporcionando uma sensação de segurança quanto a seu futuro. Esse referencial é a base que dá sustentáculo para um crescimento saudável.¹⁵⁵

Enquanto a família natural é aquela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes¹⁵⁶; a família extensa como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade¹⁵⁷; a família substitua, nesse viés, vem a ser uma

unificadas. Atualmente há aproximadamente 5.650 crianças/adolescentes cadastrados para adoção, de acordo com o relatório gerado na data de 06/11/2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cna/publico/relatorioEstatistico.php>> Acesso em: 06/11/2014.

¹⁵³ Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança.

¹⁵⁴ SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 211.

¹⁵⁵ MATOS, Ana Clara Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 293.

¹⁵⁶ ECA, art. 25: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

¹⁵⁷ ECA, art. 25, parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos

medida que se impõe para aqueles que não podem mais manter vínculo com suas origens. Nesse sentido, a adoção é uma das formas legítimas de inserção do menor em família substituta¹⁵⁸, sendo, portanto, medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa¹⁵⁹.

Desta forma, quando a adoção pode ser uma oportunidade de se garantir ao menor o exercício de um direito fundamental, por conseguinte, o preconceito não pode ser óbice na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária. Nesse sentido, segue a posição de Ana Clara Harmatiuk Matos:

Se, por motivos os mais variados possíveis (miserabilidade, maus-tratos, abandono, rejeição, orfandade etc), torna-se inviável tal convivência, deve-se ter um Estado que, com agilidade, absoluta prioridade, sem preconceitos de qualquer natureza, atendas aos interesses dessas crianças e adolescentes, promovendo o encontro com corações sublimes dispostos a lhes amar e a lhes dar carinho, através do ventre da adoção, abrigando-os em famílias substitutas.¹⁶⁰

Como já demonstrado, não podemos aceitar atualmente que as famílias seguissem um modelo tradicional considerado ideal. A evolução do conceito de família demonstrou que os arranjos familiares são formados a partir do vínculo afetivo, bastando que o afeto seja a base ou o fundamento da entidade familiar. Desse modo, a colocação do menor em família substitua não deve atender a padrões impostos pela sociedade, importando mais, para o adotando, a satisfação de suas necessidades.

Não há como sustentar o modelo patriarcal de família adotado ao longo do século XX. O caminho segue para o reconhecimento dos mais diversos

com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁵⁸ ECA, art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

¹⁵⁹ ECA, art. 39, § 1º: A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁶⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 285.

arranjos familiares, desde o modelo tradicional até as uniões homoafetivas. O modelo familiar idealizada para as crianças e adolescentes que já perderam o vínculo com sua família biológica também deve ser repensando, pois a garantia da convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente abrigados pode ser ampliada se a visão da família também for ampliada.¹⁶¹

Entendida a adoção como via de acesso do menor abandonado a uma família substituta que possa suprir suas necessidades, o próximo tópico busca no Estatuto da Criança e do Adolescente as diretrizes sobre a adoção para confirmar que a orientação sexual do adotante não é requisito para a adoção.

5.3. Pressupostos da adoção

Para haver o pedido específico de adoção, o interessado (ou interessados, no caso da adoção conjunta) deve recorrer inicialmente ao Juizado da Infância e Juventude, habilitando-se ao processo de adoção. O interessado passa por entrevistas, a serem realizadas por assistentes sociais ou psicólogos, os quais emitem um relatório sobre as condições do candidato. Após as entrevistas, os profissionais encaminham um relatório ao Ministério Público sobre a avaliação realizada. O Ministério Público, por sua vez, emite um parecer (favorável ou não à habilitação para a adoção) com fulcro na avaliação realizada pelos profissionais encarregados das entrevistas. Com o parecer do Ministério Público, os autos são encaminhados ao juiz para que este decida sobre a habilitação do interessado à adoção. Sendo procedente a decisão judicial, o interessado, agora habilitado, requer em um novo processo o pedido específico da adoção¹⁶².

A adoção de criança e de adolescente rege-se segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶³, o qual reserva do art. 39 ao art. 52 as normas que norteiam o referido instituto. Oportuno lembrar que a Lei Nacional de Adoção (Lei nº

¹⁶¹ BARANOSKI, Maria Cristina. Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**, p. 50.

¹⁶² BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetiva**, p. 46.

¹⁶³ ECA, art. 39: A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

12.010, de 3 de agosto de 2009) trouxe mudanças significativas nas diretrizes inicialmente previstas no ECA, aperfeiçoado a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. A partir destas mudanças, serão indicados os pressupostos atuais da adoção que são pertinentes ao presente estudo.

De acordo com o ECA, as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil, podem adotar¹⁶⁴, contudo, o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando¹⁶⁵. Exige-se, também, o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando¹⁶⁶, sendo dispensável tal consentimento em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar¹⁶⁷. Demanda-se, no entanto, o consentimento em se tratando de adotando maior de doze anos de idade¹⁶⁸. Para adoção conjunta, tema da presente análise, torna-se indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família¹⁶⁹.

Presente as condições mínimas acima, a adoção somente será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos¹⁷⁰. Este preceito é o verdadeiro norteador do deferimento ou não da adoção. Somente a análise do caso concreto permitirá que o juiz verifique se o pedido de adoção pleiteado, por qualquer pessoa, ou par hetero ou homossexual, apresente reais vantagens para o adotando.

Embora não citadas todas as normas a respeito da adoção, no entanto, cumpre dizer que as normas estabelecidas no ECA não apontam a orientação

¹⁶⁴ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁶⁵ Art. 42, § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

¹⁶⁶ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

¹⁶⁷ Art. 45, § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁶⁸ Art. 45, § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

¹⁶⁹ Art. 42, § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁷⁰ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

sexual como requisito determinante para os adotantes. Isto revela fundamentalmente que a sexualidade do adotante não importa para aquele que está à espera de um lar, mas sim a qualidade do vínculo formado e a satisfação das reais necessidades do adotando. A sexualidade do adotante em nada determina a qualidade do vínculo afetivo, razão pela qual deve ser desconsiderada.

Antes de adentrar propriamente ao tema da adoção conjunta, oportuno lembrar que, em razão do não reconhecimento da união estável e do casamento civil de casais homoafetivos pela justiça, o recurso da adoção singular (aquela realizada a pedido de apenas uma pessoa) era a saída por estes pares na busca da constituição de uma família. Bastava apenas que um dos companheiros ou companheiras adotasse a criança ou adolescente, assumindo para si próprio, e somente, a responsabilidade da adoção. Por tal viés, a adoção singular, como alternativa para os casais do mesmo sexo, desfavorece inclusive a adotando, “uma vez que um dos pais não detém o poder familiar. Com isso, livrava-se da responsabilidade pela guarda, educação e sustento do filho que também é seu”.¹⁷¹

Existindo um núcleo familiar, identificada a união estável e estando presentes o elo da afetividade a envolver pais e filhos, imperioso o reconhecimento da dupla parentalidade. Para assegurar a proteção do filho, os dois pais ou duas mães precisam assumir os encargos do poder familiar.¹⁷²

Dessa forma, a adoção unilateral não satisfaz o verdadeiro sentimento de família quando duas pessoas apresentam uma comunhão de vida. Desse modo, tratando-se de um projeto comum, os companheiros ou companheiras buscam assumir conjuntamente as responsabilidades perante o adotando, pois isso traduz o espírito cooperativo da função parental e reforça o vínculo afetivo presente na estrutura familiar.

Assim sendo, os casais homoafetivos que busquem o direito à parentalidade simultânea devem pleitear a adoção conjunta, para a qual é indispensável que os

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Rumo a um novo ramo do direito. In: _____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**, p. 254.

¹⁷² Idem.

adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, sendo tais uma realidade atualmente, comprovando-se, ainda, a estabilidade da família. A família formada por pares homoafetivos deve ser respeitada e não estigmatizada, razão pela qual não se pode mais fortalecer mitos a respeito da homoparentalidade.

5.4. Desvendando mitos sobre a homoparentalidade

A adoção por casais homoafetivos enfrentou (e ainda enfrenta) grandes resistências. A visão distorcida sobre a homossexualidade e o enquadramento dessas relações como desviantes impõem muitas barreiras à adoção por casais do mesmo sexo, em razão da suposta promiscuidade dos homossexuais e, sobretudo, da suposta influência negativa da sexualidade dos adotantes sobre o adotando. Tais barreiras, no entanto, refletem apenas o preconceito. As principais objeções à homoparentalidade são comentadas por Maria Berenice Dias:

A enorme resistência em aceitar a homoparentalidade decorre da falsa ideia de que são relações promíscuas, não oferecendo um ambiente saudável para o bom desenvolvimento da criança. Também sempre foi alegado que a falta de referências comportamentais poderia acarretar sequelas de ordem psicológica e dificuldades na identificação sexual do filho. Mas estudos realizados ao longo do tempo mostram que essas crenças são falsas. O acompanhamento de famílias homoafetivas com prole não registra a presença de qualquer dano no desenvolvimento psíquico ou social da prole. Ora, se esses dados dispõem de confiabilidade, a insistência em rejeitar tais situações só tem como justificativa uma indisfarçável postura homofóbica.¹⁷³

Assim, geralmente imputa-se àquele que é considerado como estranho uma série de condutas reprováveis, como forma de “confirmar” as próprias crenças. A promiscuidade, por exemplo, é um comportamento que independe da orientação sexual. Também, pesquisas apontam não haver qualquer dano no desenvolvimento psicossocial de filhos ou filhas cujos pais são homossexuais. Em verdade, as pré-

¹⁷³ DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45_-_a_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf> Acesso em: 20/09/2014.

concepções não encontram suporte que as fortaleçam, a não ser o próprio preconceito.

Atualmente, muitas pesquisas desconstruem a visão estreita a respeito da homoparentalidade, a citar, por exemplo, as pesquisas das psicólogas Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, as quais demonstraram que filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento ou problemas em seu desenvolvimento psicossocial se comparados aos filhos de pais e mães heterossexuais.¹⁷⁴

Não há diferenças significativas no desenvolvimento físico e psicossocial entre filhos criados por pessoas gays e lésbicas e filhos criados por pessoas heterossexuais. Além disso, possíveis diferenças podem até ser identificadas, mas não são atribuídas às características da orientação sexual dos cuidadores e sim, às condições diversas como: orgânicas, econômicas, educacionais, sociais, etc.¹⁷⁵

Nesse viés, sustenta-se que a oposição à adoção por casais do mesmo sexo é frágil e inconsistente, carecendo de embasamento que comprove as objeções oriundas estritamente do preconceito. O preconceito pretende tornar anormal algo que é normal, uma vez que a homossexualidade vem ser uma das livres manifestações da sexualidade humana, conforme posicionamento oficial da ciência médica mundial¹⁷⁶. Da mesma forma, a suposta necessidade de referência heterossexual, de um pai e uma mãe, cada qual representando um modelo de gênero, em nada influencia a sexualidade do filho, uma vez que filhos se descobrem homossexuais apesar da referência heterossexual dos pais. Aliás, o mesmo argumento serviria para invalidar as famílias monoparentais, pois nestas também faltaria uma referência de gênero para o filho ou filha¹⁷⁷. Dessa forma, a sustentação

¹⁷⁴ FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75-76.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 88.

¹⁷⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**, p. 503.

¹⁷⁷ Idem.

da necessidade da “complementaridade dos sexos masculino e feminino”¹⁷⁸, na estrutura familiar, revela-se frágil.

Nesse sentido, segue o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul, o qual, além de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, também oportunizou a adoção conjunta.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. **Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores.** É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.¹⁷⁹ (grifo próprio)

Em verdade, como apontado na referida decisão, mais importa a qualidade do vínculo de afeto entre os adotantes e o adotando. Como visto anteriormente, as relações familiares encontram no afeto o suporte para a manutenção do vínculo familiar. Se o par homoafetivo puder garantir as necessidades do menor, a incluir, moradia, alimentação, educação, vestuário e, sobretudo, amor, não há motivos para indeferir o pedido de adoção.

Compreende-se, portanto, que sexualidade não é algo contornável, algo que se aprende, algo que opta ou escolhe, motivo pelo qual a expressão “opção sexual”, como já explicado no primeiro capítulo, denota uma ideia errada a respeito da sexualidade humana. As pessoas simplesmente nascem com uma sexualidade que é própria do seu ser. Por outro lado, o que se aprende é o preconceito. Somente

¹⁷⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**, p. 21.

¹⁷⁹ TJRS, AC 70013801592, 7º. Câ. Cív., j. 05.04.2006, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

este pode ser incutido no modo de pensar das pessoas, sobretudo, nos menores, os quais assimilam facilmente a visão de mundo daqueles que são sua referência imediata.

Desmistificado o mito a respeito da suposta influência da sexualidade dos adotantes sobre o adotado, não há motivos para desconhecer a adoção por pares homoafetivos, quando estes têm potencial para satisfazer as necessidades do menor. Certamente não se garante o melhor interesse da criança e do adolescente privando-as de uma vida familiar e comunitária. Como visto, a realidade brasileira demonstra que “há um grande contingente de crianças que jamais serão adotadas, permanecendo em abrigos até atingirem a maioridade, quando então serão despejadas sem terem para onde ir”.¹⁸⁰ Isto quer dizer que o tempo é crucial para aqueles que estão institucionalizados, pois a demora judiciária prolonga o tempo dos menores em abrigos, diminuindo, por conseguinte, as chances de serem inseridas numa família substituta¹⁸¹. Devemos desvendar mitos porque enquanto são reafirmados, aquele que está em situação de abandono pode perder a chance de viver em um ambiente familiar. Perder-se-ia a chance de efetivar o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Não se está defendendo, contudo, que a adoção por pares homoafetivos deverá ser sempre deferida, pois é possível que um pedido de adoção conjunta por casais do mesmo sexo, de fato, não apresente reais vantagens para o adotando. Porém, as vantagens e as desvantagens deverão ser analisadas sob critérios idôneos, isto é, critérios que permitam averiguar se os adotantes podem propiciar uma vida digna ao adotando. Desse modo, quer-se dizer que a análise do pedido de adoção somente sob o prisma da sexualidade dos adotantes, como se esta pudesse determinar a qualidade de vida do adotando, denota uma visão essencialmente preconceituosa.

O direito de adotar deve ser assegurado a todos que, por ato de amor, demonstrem reunir condições mínimas para suprir as necessidades do menor. Pela adoção deve-se haver o encontro do desejo daqueles que pretendem assumir a

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**, p. 222.

¹⁸¹ BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. 222f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito 2008, p 165.

função parental com o atendimento das reais necessidades do menor, uma vez que o direito prioriza o direito do adotando sobre o direito do adotante.

Assim como qualquer outro pedido de adoção, a viabilidade da adoção por pares homoafetivos depende da análise do caso concreto, e, verificando-se que a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, a adoção deve ser concedida como meio de tornar efetivo o direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária. Não podemos aceitar que o preconceito prevaleça sobre os interesses do menor institucionalizado. Por óbvio, os interesses da criança ou adolescente não podem ser satisfeitos num ambiente em que é tratado como “mais um”. A inserção do menor numa família cercada de amor, cuidado e respeito, de satisfação das necessidades mútuas, certamente é o cenário mais propício para o desenvolvimento daqueles se encontram em situação de verdadeira vulnerabilidade, entregues aos abrigos e orfanatos. Milhares de crianças e adolescentes aguardam a chance de poderem finalmente receber a atenção que necessitam. Para quem está abandonado, à espera de uma oportunidade, pouco importa a orientação sexual daqueles que exercerão o poder familiar, bastando apenas que se sintam amados por aqueles se doariam diariamente aos seus cuidados. Assim procedendo, como bem afirmou Viviane Girardi, a “criança pertence, é tida, considerada e amada por uma família, que a ela se dedica e com o seu progresso e crescimento sonha, porque, ao ser assim reconhecida, se fortalece e se estrutura como filho”.¹⁸²

Em se tratando de família, não há fórmula mágica que garanta seu sucesso, pois o relacionamento familiar se constrói diariamente e cada família opera de uma maneira. Cada família tem suas peculiaridades e, com base nesta ideia, lúcidas são as palavras de juiz relator Silveira Paulilo, no caso em que negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público em relação ao pedido de adoção por um casal homoafetivo, alegando este órgão que a adoção era “desinteressante e desvantajosa para a criança”, pois sofreria preconceito. Segue a transcrição do voto:

Não há qualquer base empírica para se afirmar que as adoções por heterossexuais têm mais possibilidades de sucesso. O risco de que a criança sofrerá preconceito é apenas mais uma das peças do quebra-

¹⁸² GIRARDI, Viviane. **Família contemporânea, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**, p. 108.

cabeça das relações familiares. Mas os preconceitos existem na sociedade paulista em relação a outros tantos cidadãos que também podem ser pretendentes a adoção: negros, índios, pobres, judeus, mulçumanos, analfabetos, nordestinos, nortistas, evangélicos etc. Logo, conceder adoções somente aos casais heterossexuais não é garantia de que os adotados não sofrerão qualquer preconceito. Na nossa sociedade, o formato das famílias se alterou por demais e os adotados fazem parte dessa evolução. Assim sendo, cada família e suas crianças se ajustarão ao mundo de acordo com suas experiências e suas próprias características. Não existe receita de felicidade.¹⁸³

Portanto, nenhuma criança ou adolescente deve ser preterido em detrimento de uma moral que permeia a sociedade. Não se pode admitir a preferência pela institucionalização dos menores em detrimento da inserção destes numa entidade familiar formada por pares homoafetivos. Em se tratando de família, não há mais um modelo familiar exclusivo, muito menos um modelo ideal. Os novos arranjos familiares nos demonstram que cada família tem suas características peculiares, havendo em todas, sem exceção, como denominador comum, o elemento afeto como o grande sustentáculo das relações familiares contemporâneas.

¹⁸³ Apelação nº 90004-19.201.8.26.0576. TJ-SP, Relator: Presidente Da Seção De Direito Privado, Data de Julgamento: 27/02/2012, Câmara Especial.

6. CONCLUSÃO

O tema da adoção por pares homoafetivos ainda é tema que provoca discussões. Desta maneira, o presente estudo pretendeu contribuir para a visibilidade de uma causa que, por muito tempo, foi preterida em razão de convicções pessoais, morais ou religiosas.

Assuntos polêmicos, tal qual a adoção por pares homoafetivos, invariavelmente ensejam posicionamentos extremos. Ser contra ou a favor geralmente são os dois polos antagônicos do debate. Todavia, não basta apenas assumir uma destas posições se não se busca uma argumentação lógica que defenda e sustenta a posição adotada. O que é polêmico suscita uma discussão e um pensar sobre o novo, e por isso há muitas resistências por parte daqueles que, sem ao menos pensar sobre o novo, porque convictos da opinião precocemente formada, reafirmam apenas os próprios preconceitos. Por tal razão, todo estudo que envolva temas polêmicos necessita buscar a origem dos pré-conceitos, para depois desconstruí-los, e, por fim, construir conceitos a partir de bases sólidas.

Nesse sentido, o preconceito não fornece uma base sólida para a negação da adoção por pares homoafetivos, motivo pelo qual o presente o estudo sustenta a viabilidade da adoção por companheiros ou companheiras do mesmo sexo. Em verdade, o preconceito é uma base extremamente frágil, motivo pelo qual necessita ser reiteradamente transmitido para que seu império permaneça intacto. Contudo, não podemos mais reafirmá-lo, porque, assim procedendo, negamos direitos. No caso da adoção por pares homoafetivos, prevalecendo-se o preconceito, nega-se, de um lado, o gesto de amor e humanidade para aqueles que buscam na adoção um meio legítimo de realizar o sonho de constituir uma família, e, de outro, nega-se aos menores em situação de vulnerabilidade a chance de desfrutar da convivência familiar e comunitária, as quais são essenciais para o desenvolvimento de sua personalidade.

A homossexualidade é apenas uma das livres manifestações da sexualidade humana, motivo pelo qual não pode ser estigmatizada. A discriminação da orientação sexual por si só ofende princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e

da igualdade, contrariando, ainda, o preceito que veda o tratamento discriminatório, conforme a Constituição Federal de 1988.

Como analisado, a família é um conceito em constante transformação, adaptando-se conforme a evolução da sociedade. Hodiernamente, o sustentáculo da família é o elemento afetivo. Não se aceita mais a família constituída unicamente pelo casamento, pois, após a promulgação da Constituição Federal, houve o reconhecimento de outras entidades familiares que por muito tempo estiveram marginalizadas. A norma constitucional deve ser interpretada à luz de seu tempo, motivo pelo qual não podemos excluir outras entidades familiares que não estejam expressamente elencadas no dispositivo constitucional. Dessa forma, mister o reconhecimento das uniões homoafetivas, porque também calcadas no afeto.

A adoção vem a ser uma das modalidades de inserção do menor em família substituta, permitindo-se, assim, o ingresso da criança ou adolescente em um ambiente familiar que possa satisfazer suas reais necessidades. Por conseguinte, garante-se o direito à convivência familiar e comunitária ao menor. Outrossim, a orientação sexual do adotante não é requisito para a adoção. Preocupou-se o legislador com a satisfação das necessidades do adotando, as quais podem ser supridas por interessados que tenham condições mínimas para exercer a função parental. O preconceito por si só não pode prevalecer sobre o direito do menor em ser inserido numa família. Nessa seara, os mitos a respeito da homoparentalidade não podem prosperar, porque, como demonstrado, têm origem em suposições que carecem de fundamento a não ser de ordem moral. Desta maneira, os argumentos contrários à adoção por pares homoafetivos mais refletem o preconceito, o que contribui para a institucionalização de crianças e adolescentes que poderiam desfrutar de uma vida de afeto, cuidados e, sobretudo, amor e ternura.

Ao término desta análise, chega-se a conclusão de que a adoção por pares homoafetivos deve ser oportunizada sempre que apresentar reais vantagens para o adotando, as quais só podem ser avaliadas diante do caso concreto. Assumir que a orientação sexual dos adotantes seja, em princípio, uma desvantagem, preferindo-se que o menor seja inserido em um ambiente familiar tradicional, considerado o ideal para o desenvolvimento do adotando, revela um preconceito que não pode mais ser sustentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A criança no novo Direito de Família**. In: WELTER, Belmiro, MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família** (Coord.). Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. , rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. **A adoção em relações homoafetivas**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. 7. ed. São Paulo: Editora Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. 222f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.

BOCHNIA, S. F. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. 2008. 222 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

CHAVES, Mariana. **Homoafetiva e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade – um panorama luso-brasileiro**. Curitiba: Juruá: 2011.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

_____. Rumo a um novo ramo do direito. In: _____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18 - a mulher no código civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf)> Acesso em: 23/09/2014.

_____. **A família homoafetiva e seus direitos**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45 - a família homoafetiva e seus direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45_-_a_familia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf)> Acesso em: 20/09/2014.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10014-10013-1-PB.pdf>> Acesso em: 11/09/2014.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Edipro. 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Os crimes sexuais e a pessoa vulnerável**. <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_01/revista_digital_ed_01_2.pdf> Acesso em: 12/09/2014.

GIRARDI, Viviane. **Família contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. São Paulo: Saraiva: 2005.

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **Aspectos conjunturais da adoção por homossexuais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6502/aspectos-conjunturais-da-adocao-de-criancas-por-homossexuais>> Acesso em: 15/10/2014.

JÚNIOR, Enézio de Deus Silva. Diversidade Sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais e o interesse da criança. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. (Grandes temas da atualidade), v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13/09/2014.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. Evolução do conceito de família. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Perspectiva civil-constitucional. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A adoção conjunta de parceiros do mesmo sexo e o direito fundamental a família substituta. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.). **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil: direito de família**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método: GEN Grupo Editorial Nacional, 2008.

NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do Preconceito aos Padrões de Consumo**. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006.

PINHEIRO, Dávila Teresa de Galiza Fernandes. **Mediação familiar: uma alternativa viável à resolução dos conflitos familiares**. Disponível em: <<http://davidagaliza.jusbrasil.com.br/artigos/112348906/mediacao-familiar-uma-alternativa-viavel-a-resolucao-dos-conflitos-familiares>> Acesso em: 22/09/2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, volume 6: direito de família**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/673/r149-23.pdf?sequence=4>> Acesso em: 14/09/2014.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da unidade à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Enid R. A.; MELLO, S. G. e AQUINO, L. M. C. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid R. A. (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: MÉTODO, 2012.

_____. Os princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colisão e antinomia entre princípio e regras. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os Princípios fundantes. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970.